

LEGISLACION SECTORIAL DE MEDIO AMBIENTE (*)

(Ponencia marco para el I Congreso Nacional
de Derecho Ambiental, Sevilla, 19-21 de abril de 1995)

Por
ENRIQUE ALONSO GARCÍA (**)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NECESIDAD DE ACERCARSE A LA BÚSQUEDA DE LA NORMA APLICABLE Y A SU INTERPRETACIÓN A PARTIR DE LA «FORMALIZACIÓN» DEL PROBLEMA AMBIENTAL: 1. *Interdisciplinariedad externa*. 2. *Interdisciplinariedad interna*. 3. *Aspectos remediales*. 4. *Naturaleza policéntrica del derecho ambiental*. 5. *Principios básicos de derecho ambiental*. 6. *Diferente funcionalidad de la legislación sectorial*.—II. TIPOLOGÍA Y FUENTES ATÍPICAS DE LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL SECTORIAL: 1. *Tipología de las normas ambientales*: A) Normas reguladoras del producto. B) Normas reguladoras de procesos de producción. C) Normas reguladoras de objetivos o estándares de calidad. D) Normas de emisión. E) Normas de control de procedimientos y requisitos burocráticos documentales. F) Normas de coordinación de políticas ambientales. G) Normas de ordenación territorial. H) Otras normas de incentiva-ción. 2. *Fuentes especiales*: A) Los acuerdos voluntarios. B) Evaluación socio-económica de impactos y daños ambientales. C) Entrecruzamiento de las técnicas de derecho público y de derecho privado.—III. DE NUEVO ACERCA DE LA NOCIÓN DE LEGISLACIÓN SECTORIAL.

I. INTRODUCCIÓN

Resulta difícil hacer una exposición sumaria de la legislación sectorial ambiental aplicable en España, tanto por su extensión cuantitativa como por sus matices cualitativos. La propia delimitación, incluso a efectos meramente docentes, de qué deba entenderse por derecho ambiental está condenada a la esterilidad (1).

Por ello, es intención de esta ponencia resaltar aquellos aspectos básicos con los que debe acometerse el acercamiento al derecho ambiental sectorial dado que la multiplicidad de fuentes del derecho y

(*) Quiero dejar constancia expresa de mi agradecimiento al Presidente del Comité Científico, don Ramón MARTÍN MATEO, por esta invitación, así como a los entusiastas organizadores del Congreso, Santiago GARRIDO y Javier SERRANO —y posteriormente, Celia RAMÍREZ— así como al resto de instituciones y personas que han intervenido en su ejecución.

(**) Director de la Sección de Derecho Ambiental del IUCA (Universidad Complutense); Profesor de Derecho Ambiental de la *Summer School Marshall-Wythe School of Law, College of William and Mary* (Virginia, USA); Director del Real Colegio Complutense, establecido en cooperación con la Universidad de Harvard.

(1) Véase la presentación que en su día redacté, del *Código de Legislación Ambiental* elaborado conjuntamente con Miguel RIANO y editado por el «BOE», 1994.

enorme número de normas sectoriales hace que, a mi juicio, normalmente se olvide la exposición de los problemas que genera la búsqueda de la norma aplicable e interpretación de la misma así como que queden descuidados, por perdidos en el marasmo de normas, tanto la funcionalidad básica de la ordenación sectorial como los hilos conductores —comunes a todos los sectores— cuando de hecho en ellos reside el *quid* de la correcta inteligencia jurídica del contenido, normalmente técnico, de dichas normas de detalle.

La ponencia explorará, principalmente, por consiguiente, dos temas principales: 1) la búsqueda e interpretación de la norma sectorial aplicable a partir de la finalidad operativa para la que se emprenden las mismas (metodología de la «formalización» de los problemas ambientales); y 2) la tipología de normas ambientales sectoriales (o de la forma en que los mandatos normativos ambientales se suelen plasmar en numerosas leyes y reglamentos, mediante cláusulas, técnicas o utilización de fuentes del derecho nuevas que aparecen esporádica pero cada vez más regularmente a lo largo y ancho de la legislación sectorial).

II. LA NECESIDAD DE ACERCARSE A LA BÚSQUEDA DE LA NORMA APLICABLE Y A SU INTERPRETACIÓN A PARTIR DE LA «FORMALIZACIÓN» DEL PROBLEMA AMBIENTAL

Tanto la gestión de políticas ambientales como la estricta aplicación de la norma sectorial invocada tiene que partir de una correcta delimitación del problema ambiental cuya solución se pretende (o pretende la norma). Sólo la correcta constatación del problema ambiental permite dotar de racionalidad a la norma jurídica. En metodología proveniente del campo de la ecología (2), ello se logra a partir del consenso entre la percepción del problema y su existencia real (3).

(2) El concepto en su aplicación metodológica práctica procede de Francisco DÍAZ PINEDA y de su estudio de 1983 para la realización, para el MOPT, de una base de datos operativa para la gestión nacional de la política ambiental. El equipo de DÍAZ PINEDA partió pragmáticamente de una macroencuesta por todo el territorio nacional de cuales creían las distintas administraciones públicas, empresas, asociaciones de vecinos...etc. eran los problemas ambientales de su entorno para proceder a sistematizar (formalizar) hasta unos 3000 problemas ambientales específicamente localizados y social, económica, jurídica, ecológica, biológica, química, geológica, hidrológica, tecnológicamente... delimitados.

(3) El fenómeno es parecido al de la «concretización» al supuesto de hecho del contenido de la norma constitucional que siempre está redactada en términos amplios (igualdad, autonomía...), aunque en derecho ambiental el problema suele ser el inverso: multiplicidad de fuentes y normas aplicables al problema «formalizado» y no multiplicidad de situaciones fácticas a las que se aplica una norma o principio jurídico genérico. Acerca del fenómeno de la «concretización» véase, por todos, K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 1 (1977), págs. 102 y ss. Ello no excluye la existencia de numero-

Por consiguiente, toda búsqueda o interpretación de la norma sectorial aplicable, realizada sin una clara constatación de cual sea el problema ambiental percibido como real, es, pura y simplemente, una interpretación errónea. El jurista español está quizás demasiado acostumbrado a creer que como existe un número tan elevado de normas ambientales, lógicamente tendrá que haber una específicamente aplicable al problema ambiental cuya regulación jurídica se busca. Ello lleva a una manipulación del relato fáctico que, en último término, puede llevar, a su vez, a que la decisión de aplicación del derecho se realice para lograr la solución de un problema distinto de aquél cuya solución realmente se pretende. Por ejemplo, ante una filtración de sustancias tóxicas que alcancen a un acuífero a través de la capa del suelo —que también resulta contaminada—, la tendencia es a «localizar» una norma concreta que supuestamente regule el problema cuando, de hecho, tanto la Ley de Aguas (arts. 90 y ss. y 108 y ss.), como la Ley de Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos (arts. 5 y 16), las leyes autonómicas, en su caso, reguladoras de la contaminación de suelos, el Reglamento 259/1993/CEE y el Convenio de Basilea (si el origen de la filtración es un residuo importado), el Código Civil, el Código Penal, la Constitución y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como la legislación estatal y/o autonómica de actividades clasificadas y la legislación estatal y autonómica sobre protección civil y accidentes industriales..., pueden resultar, todas ellas, a veces incluso simultáneamente, aplicables a ese caso.

Lo capital para una delimitación correcta de la norma sectorial aplicable resulta ser, pues, una correcta comprensión científico-socio-económica del problema: ¿qué suelo está contaminado?, ¿qué sustancias la produjeron?, ¿quiénes son los potencialmente afectados?, ¿qué hizo exactamente la empresa al conocer la filtración?, ¿cuál es el estado de la ciencia acerca de las relaciones de causalidad generadas por el vertido respecto de la salud pública afectada o los costos de restauración?, ¿cómo están estructuradas por el ordenamiento las relaciones entre la empresa y el Ayuntamiento del término donde se localizó la filtración?....

En una palabra, el problema debe «formalizarse» en toda su riqueza de matices puesto que sólo su comprensión global genera no ya la correcta búsqueda de la norma aplicable sino, especialmente, también su interpretación e implementación correctas.

son supuestos de «concretización» en el campo del derecho ambiental como ocurre, típicamente, cuando se aplica a la solución del caso ambiental normas constitucionales o quasi constitucionales, como ha demostrado muy claramente el *Caso López Ostra* al aplicar a la contaminación vecinal por olores y emanaciones de gases el derecho a la intimidad del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, citado en *Supra* nota 9.

Este acercamiento a la aplicación de la norma sectorial a partir de la «formalización» del problema conlleva los siguientes matices, todos ellos de importancia para un acercamiento jurídicamente válido a norma sectorial:

1. la necesidad de conocimiento (o de trabajo) interdisciplinar (interdisciplinariedad externa);
2. la necesidad del conocimiento jurídico interdisciplinar (interdisciplinariedad interna);
3. la necesidad de enfatizar los aspectos remediales (procedimientos, procesos, legislación, accionabilidad, restauración...) más que las normas sustantivas reguladoras de conducta;
4. la necesidad de reconocer el policentrismo del derecho ambiental;
5. la necesidad de valorar de forma especial los principios quasi constitucionales en que se basa el moderno derecho ambiental y que implican una concepción de «lo justo» a veces radicalmente distinta de la tradicional (principios de efectividad, de internalización de costos, de precaución, de desarrollo sostenible, de relativización del dato técnico o científico...); y
6. la necesidad de dar relevancia a unas normas u otras en función del objetivo perseguido por el profesional del derecho (asesor de empresa, involucrado o no en técnicas de gestión ambiental o auditoría de la empresa, gestor de políticas públicas —con diferencias, naturalmente, entre sus niveles internacional, europeo, nacional, autonómico o local—, juez-abogado, asesor de ONGs...), para quien la visión y el tipo de conocimiento que deben de tener de la legislación sectorial debe ser, por responsabilidad profesional, claramente distinta.

1. *Interdisciplinariedad externa*

De lo expuesto con anterioridad se deduce que un mínimo de conocimiento del contenido de las diversas ciencias ambientales, conocimiento ajeno al campo jurídico, es un requisito *sine qua non* para la correcta localización e interpretación de la norma sectorial.

Así como en otras áreas jurídicas la finalidad básica de la norma es la solución de problemas sociales cuyo conocimiento especializado (normalmente sociológico o económico) parte de unos mínimos de conocimiento «vulgar» relativamente extendidos y por tanto conocidos para el jurista como individuo ordinario, el derecho ambiental suele enfrentarse a problemas hoy por hoy todavía a) poco cono-

cidos aunque correctamente percibidos como graves, o en su caso leves, por el profano, o *b*) científicamente discutidos y discutibles.

Por ello, el conocimiento lo más correcto posible de la realidad fáctica sobre la que se aplica el derecho resulta de una importancia capital. La solución a este problema para el jurista es metodológicamente simple: o adquiere esos conocimientos por sí mismo o los adquiere a través del trabajo en equipos, permanentes o *ad hoc*, interdisciplinares.

La biología, química, economía, ecología, tecnología-ingeniería, sociología, geología, hidrología, geografía... ambientales o las técnicas de análisis de políticas sectoriales o de gestión empresarial ambiental... etc. son las que contribuyen a la correcta formalización del problema y, por consiguiente, las que permiten al jurista «sondear», con el menor margen de error posible, la multiplicidad de fuentes hipotéticamente aplicables.

Ello implica una nueva «filosofía profesional» a la que hay que acercarse con humildad ya que el riesgo de una localización incorrecta de la norma aplicable o interpretación aberrante es mucho mayor que el que existe en otras áreas, tanto en la interpretación estricta como en el «montaje» de estrategias litigiosas o, por supuesto, en la elaboración o evaluación de políticas, públicas o privadas, ambientales sectoriales (4).

2. *Interdisciplinariedad interna*

Cuando se habla de legislación sectorial se está haciendo referencia a ambientes de la biosfera afectados por una mínima parte, quizás la menos importante (5), de la legislación ambiental. Los secto-

(4) El ejemplo obvio donde la interdisciplinariedad, de no existir, debería conllevar casi automáticamente la falta de validez misma de la actuación administrativa, es la evaluación de impacto ambiental. En muchas leyes, siguiendo el ejemplo de la originaria creadora de esta técnica, la *National Environmental Policy Act* norteamericana de 1970, se exige expresamente que un *environmental assessment* o un *environmental impact statement* sea realizado por un equipo interdisciplinar, requisito que puede llegar a anular, por vicio esencial (por su mera inexistencia), el procedimiento administrativo de aprobación de proyectos o de emisión de licencias administrativas. No ocurre así, probablemente porque tampoco lo imponía la Directiva Comunitaria Europea, en nuestra legislación, pese a que en los artículos 3 de la Directiva 85/337/CEE, 2 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, y 7 a 12 del Reglamento de 1988, este requisito de interdisciplinariedad parece estar implícito. La «Section» 102.2(A) de la NEPA y la «Section» 1502.6 de las *Regulations for Implementing Procedural Provisions of the NEPA*, aprobadas en 1979, disponen que «todas las agencias del Gobierno Federal deberán... (A) utilizar un método sistemático e *interdisciplinar* que asegure el uso integrado de las ciencias naturales y sociales, y de las de planificación y diseño ambiental en el planteamiento y toma de decisiones que puedan tener algún impacto en el medio ambiente humano» (el subrayado es mío).

(5) Acerca de cómo la legislación sectorial, eminentemente técnica, se entrelaza para

res de la biosfera cuya protección se pretende mediante legislación sectorial (aire, agua, suelo, diversidad biológica...) junto con, a veces, el origen del problema (residuos, sustancias peligrosas...) dan así «nombre» a los distintos grupos normativos constitutivos de la legislación sectorial ya que, tarde o temprano, el legislador suele promulgar legislación específicamente dirigida a protección de ese medio o a la regulación de la fuente origen del problema.

Sin embargo, esta regulación sectorial es normalmente un aspecto menor de la protección ambiental de ese medio contaminado o fuente de contaminación. Abarca, simplemente, la regulación administrativa del sector con técnicas clásicas de policía ambiental (supervisión, control, licencia, inspección-sanción) como potestad pública a ejercer por distintas administraciones pero, en la inmensa mayoría de los casos, ni constituye la única legislación aplicable al problema por ellas generado (fuente-origen) o que afecta a ese medio, ni constituye el mecanismo de protección más oportuno o eficaz en manos de las propias administraciones públicas o para los terceros involucrados en el problema.

Hay que huir de la idea de que la legislación sectorial soluciona jurídicamente el problema puesto que uno de los papeles principales de dicha legislación no es tanto abarcar la regulación del sector sino más bien fijar índices o estándares de conducta utilizables por otras normas ambientales horizontales.

Resulta obvio que 1) el fracaso de este tipo de legislación de «orden y mando» cuando constituye la única legislación existente o incluso el supuesto núcleo regulador de ese sector (6), junto con 2) los defectos que ha generado la insuficiencia del «monopolio», probablemente inconstitucional, de la protección ambiental que a veces parecen querer irrogarse las administraciones públicas sin duda con cierta base en las ideas que laten bajo la propia legislación sectorial (7),

dar contenido sustantivo a normas horizontales más amplias tales como las constitucionales, civiles o penales, véase también el apartado final y el siguiente apartado sobre aspectos remediales.

(6) Véase el Capítulo 9 del Quinto Programa de Acción de las Comunidades Europeas. Véase, igualmente, J. R. SALTER, *Corporate environmental responsibility: law and practice* (1992); R. MARTÍN MATEO, *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental* (1994); *Centre for European Policy Studies*, *Economic instruments in EC environment* («Working Party Report», núm. 8), y *Economic instruments for environmental protection* (OECD, 1989).

(7) Si bien es cierto que el artículo 45.2 de la Constitución configura la protección ambiental como potestad de los poderes públicos y que el artículo 132.2, junto con la Ley de Bases de Régimen Local y otras leyes autonómicas les atribuyen la titularidad de determinados bienes últimamente ligados a la calidad ambiental como reconoció la STC 149/1991, de 4 de julio, sobre la Ley de Costas, resulta obvio que estamos ante bienes de titularidad quasi comunal donde la propiedad y las potestades y competencias de otros poderes públicos son meramente fidecomisarias conforme al propio artículo 45.1 y 132.1 de la Constitución.

y 3) el reconocimiento jurisprudencial de que la actividad tutelar administrativa es meramente parcial (8), hacen que las mayores posibilidades operativas y de aplicación real de numerosos preceptos de la legislación sectorial se basen de hecho en otro tipo de legislación ambiental horizontal. Los mandatos y preceptos específicos de la legislación sectorial son realmente eficaces como contenido indirecto de otras normas jurídicas tales como la constitucional del derecho de amparo, especialmente después de la sentencia del TEDH en el *Caso López Ostra* (9), la penal del artículo 347 bis u otros tipos del Código Penal o leyes penales especiales, particularmente desde la desaparición de las dudas que existían acerca de la constitucionalidad de sus remisiones en blanco (10); la horizontal administrativa de acceso a la información, evaluación de impacto ambiental, régimen de actividades clasificadas y relaciones empresas-comunidad local; la legislación civil de relaciones de vecindad, abuso de derecho, derechos reales y posesorios y responsabilidad extracontractual, pese a que todavía esté pendiente en nuestro derecho su aplicación no forzada pese a los tímidos intentos habidos hasta la fecha; o la legislación internacional, donde la responsabilidad del Estado en su caso se deriva de la de los principios reconocidos por el derecho doméstico más que de la práctica de las relaciones interestatales de derecho internacional público... etc.

Una de las paradojas más claras en el ámbito español es la absoluta inexistencia *de facto* de responsabilidad civil por parte de las administraciones públicas cuando la lesión del bien ambiental recae sobre terreno de propiedad privada. Según todas las leyes sectoriales, las administraciones públicas pueden exigir en vía administrativa esta responsabilidad civil y sin embargo *nunca* lo hacen si la lesión del medio ambiente se localiza en propiedad privada de un tercero de forma que, en nuestro derecho, la inmensa mayoría de las administraciones públicas todavía no distinguen lo que es su potestad-competencia de protección ambiental, que recae tanto en suelo propio como en suelo privado de terceros, de su competencia de protección de bienes cuya titularidad demanial o patrimonial le otorgan las leyes.

(8) De ahí que, pese a las continuas tensiones y quejas tanto de agentes contaminados como de víctimas o incluso de algunos jueces en el sentido de intentar buscar a toda costa la responsabilidad subsidiaria de las administraciones públicas sea, sin embargo, absolutamente admitida a nivel universal la regla de que el hecho de que la actividad contaminante esté plenamente ajustada a la «legalidad administrativa» no cambia la imputación de responsabilidad que debe dirigirse contra el agente causante realmente del daño ambiental (véase, por todos, J. WILLISCH, *State responsibility for technological damage in international law*, 1995).

Igualmente, es esta regla la que ha hecho que se sustituyan los principios de derecho internacional público que atribuían al Estado la responsabilidad por daños ambientales causados en el territorio de otro Estado por actividades realizadas desde el territorio sometido a la jurisdicción del primero (Principios 21 y 22 de la Declaración de Estocolmo, 1972), por las de simple obligación internacional de facilitar los mecanismos jurídico-procesales y de derecho sustantivo para que los extranjeros afectados por actividades de agentes contaminadores allende el territorio del que son nacionales se dirijan contra el dicho culpable real de la contaminación y no contra el Estado con jurisdicción sobre el territorio (Principio 13 de la Declaración de Río, 1992).

(9) Sentencia del TEDH de 9 de diciembre de 1994 (asunto 41/1993/436/515).

(10) Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1994, de 28 de febrero.

Por consiguiente, sólo un conocimiento casi exhaustivo de *todos* los sectores jurídicos, además del de la legislación sectorial propiamente dicha, habilita a la elección correcta de la norma aplicable y especialmente permite la atribución de su correcto valor jurídico a los innumerables artículos constitutivos de la legislación sectorial.

Más adelante se volverá sobre la funcionalidad que el derecho sectorial tiene para estas normas horizontales.

3. Aspectos remediales

La «formalización» de los problemas ambientales, junto con el principio de efectividad, es decir, la idea de que en derecho ambiental lo que prima es la solución del problema percibido como tal, lleva a que deba prestarse mucha más atención al fenómeno de la implementación de la legislación sectorial que al de la legiferación.

Constituye una «queja» repetida hasta la saciedad el que existen *demasiadas* normas ambientales. Esta «queja» se reproduce a nivel europeo e internacional (11).

Realmente no es así, sino que lo que se quiere reflejar con esa afirmación es que, pese a su número y calidad, la implementación de las normas ambientales deja mucho que desear. A diferencia de otras áreas del ordenamiento jurídico donde se regulan procesos de interrelación humana, el derecho ambiental, típicamente el sectorial, tiene la finalidad de *prevenir o solucionar* problemas ambientales y el contenido sustantivo de la norma es un resultado en teoría legalmente exigible que, paradójicamente, aunque es fácil de chequear en la realidad práctica, poco o nada aporta acerca de los instrumentos necesarios para alcanzar esos resultados, como se verá al examinar la tipología de las normas ambientales.

De nuevo, al igual que en el examen de la interdisciplinariedad, el derecho sectorial sólo alcanza relevancia cuando se examinan los vehículos o mecanismos instrumentales para lograr su aplicación. Por ejemplo, de nada sirve que el artículo 8.2 de la Ley Básica de Resi-

(11) Véanse el Capítulo 9 del Quinto Programa de Acción de la Comunidad Europea; e *International Agreements Are Not Well Monitored* (US General Accounting Office, January 1992), pág. 2. De hecho, desde 1920 a 1973 se firmaron, según clasificación del propio PNUMA, 75 tratados ambientales multilaterales (49% del total de los registrados hasta la fecha). De 1974 a 1990 se celebraron 67 (llegando a ser el 51% del total de los acuerdos multilaterales). Después de UNCED 92 la *ratio* ha subido a 4.2 tratados/año, «complicando realmente la vida de los funcionarios de los Estados encargados de vigilar su cumplimiento en su propio país» (P. HAAS y J. SUNDGRE, «Evolving International Law: Changing Practices of National Sovereignty», en *Global accord, environmental challenges and international responses*, Nazli Choucri ed., 1994, pág. 405).

duos Tóxicos y Peligrosos exija a los gestores de residuos «la constitución de un seguro de responsabilidad civil» si no existen dichos seguros en el mercado. De nada sirve, tampoco, imponer un estándar de nitratos en las aguas superficiales destinadas a la producción de agua potable (por ejemplo, 50 mgs/l de NO₃ de la Directiva 75/440 y de la OM de 11 de mayo de 1988), si nadie sabe cómo hacer exigible ese estándar cuando la fuente de contaminación es difusa por escorrentía normalmente del exceso de fertilizantes de base nitrogenada.

La lógica ambiental sectorial prevé obviamente mecanismos clásicos de derecho administrativo (supervisión y control, inspección y sanción) pero, sin embargo, las razones apuntadas en la introducción a estos apartados hacen que esos mecanismos sean incluso los menos importantes salvo que la aplicación de la legislación constituya una línea clara, tajante y decidida de acción política de la administración competente para su gestión (y de la administración «afectada» por la gestión tales como los departamentos o consejerías de economía o de industria, por ejemplo), lo cual obviamente, puede o no ocurrir.

Por ello, dicha legislación sectorial sólo cobra valor si se «conecta» con los principios y el derecho de la implementación: legitimación, accionabilidad (12), sentencias que gestionan programas de

(12) Nuestros tribunales son especialmente insensibles a los obstáculos en la implementación por falta de accionabilidad. En España, las normas de legitimación son generosas pero los tribunales, literalmente, «se quitan de encima» la implementación del derecho ambiental al calificar con los más variados epítetos casi todas las modalidades de *petitum* de restauración en que puede consistir el ejercicio de la acción tendente a la aplicación de una norma sectorial sustantiva. El caso más «onírico» es el de la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona en la primera instancia del célebre caso de la Central de Cercs, donde calificó de «sueño» la pretensión de que se realizara por la Universidad de Barcelona un estudio de cómo debería procederse para la restauración de la masa forestal afectada. Este tipo de *petitum*, en el que se concreta normalmente la accionabilidad de una norma que simplemente prohíbe afectar por SO₂ a masas de vegetación, es absolutamente corriente en todos los países industrializados por lo que carece de sentido rechazar como «onírica» la pretensión de reconvertir esa norma sustantiva en una acción como la indicada.

Existe obviamente en España la creencia generalizada, y, desde luego, equivocada, de que las normas ambientales tienen por finalidad habilitar potestades administrativas de control y policía —incluso restauradora, aunque nunca se ejercite como ya se vió—, constituyendo la ley sectorial una especie de habilitación a la autoridad sectorial o ambiental competente, para que limite derechos subjetivos de los contaminadores directos o difusos pero que no genera acciones para los afectados por la inactividad (o ineficacia real) de la administración habilitada. Esa es la visión que de las normas tiene el legislador y, naturalmente, las administraciones públicas cuando, en realidad, las normas o bien no dicen éso o bien, si lo dijieran, en gran parte, en el caso de España, serían ilegales debido a que en realidad el 90% de nuestra legislación es mera transposición del derecho de la Unión Europea y en ésta debe interpretarse que cuando la norma impone obligaciones no se limita a habilitar actuaciones administrativas sino que debe hacer realmente exigible su contenido a cualquiera que se vea afectado. Esto es lo que se denomina el «efecto directo» en el campo del derecho ambiental europeo y que es distinto de la teoría general del «efecto directo» en otros sectores del derecho comunitario. Por consiguiente, en la medida en que se

restauración, que constituyen y administran fondos preventivos o restauradores a largo plazo para evitar riesgos que pueden surgir en el futuro, medidas cautelares que permitan la continuación de la actividad económica pero no la obtención del beneficio empresarial mientras dure la actividad contaminante ilegal, medidas administrativas o judiciales que aplican la norma no como sanción (siempre sujeta a estrictos cánones de revisión en función de los postulados de los arts. 24 y 25 de la Constitución) sino como *conditio iuris* del ejercicio legítimo del derecho a poner un bien en el mercado (13) o a prestar un servicio (14) ... etc.

Todos estos aspectos constituyen mecanismos adicionales (o que dotan de valor real) a la legislación sectorial. La «conexión» automática de un mandato sectorial con la panoplia de mecanismos implementadores que ofrece la legislación ambiental general es otra exigencia adicional del acercamiento al derecho sectorial utilizando la técnica de la «formalización» del problema a resolver.

4. *Naturaleza policéntrica del derecho ambiental*

Toda expresión concreta de derecho sectorial no es sino una suelta solución «simple» al problema abstracto previsto por el legislador.

En una palabra, el legislador promulga los preceptos de la legislación sectorial a partir de una visión lineal a la que pretende

vaya imponiendo esta comprensión del principio de efectividad, tendrán nuestros tribunales que ir modificando su «visión» no accionable de las normas ambientales sectoriales.

Acerca de este tipo de «efecto directo» véase L. KRAMER, *Sobre el efecto directo de las directivas comunitarias de medio ambiente*, en «Revista de Derecho Ambiental», núm. 7, 1990, y E. ALONSO GARCÍA, *El derecho ambiental de la Comunidad Europea*, Vol. 1, págs. 162-166 (1993); y, sobre todo, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 30 de marzo de 1991 en el caso de la anulación de la transposición alemana de la directiva aplicadora del estándar del S02, *Comisión contra Alemania*.

(13) Por ejemplo; prohibir que un productor de bienes que generen residuos ponga en el mercado el bien porque no recoge posteriormente su envase (como hacen, en Alemania, el Decreto Topfer, o la Ley de Residuos francesa, o como preveía el *Estudio para la actualización de la legislación española de residuos*, elaborado por la Sección de Derecho Ambiental de la Universidad Complutense, que dió lugar al nunca nato anteproyecto de Ley Básica de Residuos), no constituye una sanción administrativa sino, simplemente, la exigencia del sometimiento de una actividad a la legalidad exigible, para operar legítimamente en el mercado. A diferencia de la sanción, el productor puede volver a poner bienes en el mercado en cuanto se constate que los vuelve a producir legalmente.

(14) Por ejemplo, cerrar un centro que no se ajusta en su funcionamiento a los cuidados necesarios en las prácticas de laboratorio no constituye una sanción sino, de nuevo, una simple actividad de sometimiento a la legalidad por parte del laboratorio o centro que está generando el riesgo de que se liberen al medio ambiente microorganismos genéticamente modificados. La diferencia con la sanción es que el centro puede abrir en el momento en que se constate de nuevo su sometimiento a la legalidad.

aportar soluciones. Sin embargo, cuando se produce el problema y se «formaliza» correctamente, claramente se ve que la aplicación de la solución sectorial en sí misma y aislada no sólo es difícil de aplicar sino que, a veces, resulta, pura y simplemente, de imposible cumplimiento o genera enormes disfunciones. Por ejemplo, el legislador puede decir simplemente que «toda actividad que afecte a tales zonas (húmedas) requerirá autorización o concesión administrativa» (art. 103 de la Ley de Aguas). Sin embargo, resulta obvio que esa visión simplista, a partir de un sólo centro (el loable de la protección de los humedales) no es ya un mero *desideratum* (15), sino una norma que obligaría a las confederaciones, alcaldes, usuarios individuales del agua doméstica o de riego, agricultores, pastores... a pedir autorización constantemente ya que, como es sabido, la más mínima variación en el caudal del nivel hidrológico afecta —y de forma muy importante— a las zonas húmedas (16). El estado de los humedales es el reflejo del conjunto de medidas socioeconómicas adoptadas en su entorno, por lo que sólo se puede aplicar correctamente el artículo 103 de la Ley de Aguas si se tiene el claro entendimiento de que su implementación requiere una articulación de un equilibrio socioeconómico y ecológico de un perímetro de afección mucho mayor, y la búsqueda de mecanismos que den solución a la compensación de derechos, y expectativas de derechos, resultantes de la planificación hidrológica y socioeconómica global (17).

Prácticamente, todo precepto sectorial es simplemente un punto en una tela de araña policéntrica y, por consiguiente, sólo la plena inteligencia y comprensión del equilibrio global de la tela permite hacer presiones sobre un punto, mediante la exigencia de implementación de la ley, sin romper el equilibrio socioeconómico y ecológico global.

Por ello, el derecho sectorial en muchos casos, más que como expresión del deber-ser ambiental, debe ser utilizado como dato legal-dialéctico-discursivo en procesos sociales más complejos de imple-

(15) Basado probablemente, a su vez, en la creencia absolutamente no ajustada a la realidad, de que los humedales, en España, al estar o constituir parte del cauce o acuífero, son de dominio público, creencia que, se insiste, no coincide con la realidad, para lo cual basta examinar cómo la inmensa mayoría de las zonas húmedas que figuran en los inventarios públicos son expresamente reconocidas, en todo o en parte, como de propiedad privada. Véanse, al respecto, A. TROYA y C. BERNUES, *Humedales españoles en la lista de Ramsar* (1989), o, María CALVO, *El régimen jurídico de los humedales* (1995).

(16) Véanse por todos, los trabajos de R. LLAMAS, E. CUSTODIO, E. MALTBY, y P. ROGERS en el «Seminario Harvard-Complutense Sobre Humedales», junio 1992.

(17) Véase, E. ALONSO GARCÍA, *Casos y materiales de derecho ambiental para asesores jurídicos de empresa*, 1995, Unidad 7, págs. 559-684, donde se analizan los casos de Doñana, Tablas de Daimiel, Everglades, y Delta del Okavango.

mentación del derecho tales como los de ADR (18) y la negociación ambiental (19), incluso al nivel de legiferación o regulación (20). La legalidad sectorial se convierte, así, en un instrumento de negociación que fija los parámetros de las pretensiones puestas encima de la mesa más que en una obligación sustantiva a cumplir en sí misma.

5. Principios básicos de derecho ambiental

Por ser el objeto del contenido de la primera ponencia de este Congreso, no vamos a comentar el contenido de estos principios rectores de nuestro derecho ambiental, principios de valor quasi constitucional ya que tienen valor constitucional en derecho comunitario y, como es sabido, el 90% de nuestro derecho es pura transposición del derecho europeo (aunque paradójicamente todavía sean en gran parte desconocidos en España).

Tan sólo nos limitaremos a indicar que la búsqueda de una norma aplicable y la interpretación de los preceptos de la legislación sectorial carece totalmente de sentido si no son realizadas a partir de esos principios de internalización económica de costos ambientales

(18) Los ADR (*Alternative Dispute Resolution*) son mecanismos jurídico-procedimentales que permiten, bajo la sanción adicional del juez, la solución negociada de un conflicto ambiental, ya que sólo mediante esa solución negociada (y no mediante la solución compuesta por decisión administrativa o judicial) se alcanza la solución legalmente más correcta (entre otras cosas, porque se constituye en la solución más fácil de implementar al prestar su colaboración todas las partes que alcanzan el acuerdo, lo cual realiza el principio de efectividad antes descrito). Acerca de los ADR véase C. PLATER *et al.*, *Environmental law and policy: nature, law, and society* (1992), Chapter 24, págs. 979-997, y F. DELGADO PIQUERAS, *La Administrative Dispute Resolution Act* de los Estados Unidos: Introducción, Traducción y Notas, en núm. 131 de esta REVISTA, mayo-agosto 1993. Véase, igualmente, el *Estudio de actualización de la legislación española de residuos* y el *non nato* anteproyecto anteriormente citados.

(19) La negociación ambiental, como cultura, puede ser un proceso más eficaz que la aplicación de la legislación sectorial mediante metodología clásica de supervisión, control, y sanción administrativa. Además, permiten al gestor público (cierto es que, con un mayor riesgo de corrupción) una flexibilidad más grande en la gestión del conflicto y en la búsqueda de la solución que acomode el mayor número posible de intereses sectoriales legítimos (ambientales o de otro tipo) afectados por el problema formalizado. Acerca de la negociación ambiental véanse S. L. CARPENTER y W. J. D. KENNEDY, «Environmental Conflict Management», en *The Environmental Professional*, V2(2): 67-74 (1980); G. BINGHAM, *Resolving environmental disputes: a decade of experience* (1986); G. W. CORMICK, *The Myth, the Reality, and the Future of Environmental Mediation*, en «Environment», vol. 24 (1982), págs. 14-17 y 36-39, y L. S. BACOW y M. WHEELER, *Environmental dispute resolution* (1984).

(20) Cada vez es mayor la tendencia, especialmente la delimitación de estándares, a hacer depender las políticas públicas no tanto del supuesto dato técnico-científico como de la percepción social del mismo, de forma que la administración reguladora (o el legislador) que se aparta en exceso de la percepción del público de qué sea o deje de ser un riesgo para la salud pública o el medio ambiente corre, a su vez, el riesgo serio de equivocarse en la formulación de normas. Véase, por todos, F. B. CROSS, *The Public Role in Risk Control*, en 24 «Environmental Law», págs. 887 y ss. (1994).

(principio «quien contamina paga»), principio «de precaución», el ya descrito principio «de efectividad», principios «de corrección en la fuente misma», principio de «desarrollo o crecimiento sostenible», principio «de relatividad del dato técnico para la relajación del nexo causal», o el principio «de no uniformidad geográfica».

Así, por ejemplo, sólo puede entenderse correctamente la extensión de la responsabilidad civil ambiental desde su naturaleza meramente reparadora a la preventiva (acciones frente a la amenaza o riesgo de producción del daño ambiental) a partir del principio de precaución y del de internalización de costos (sólo una responsabilidad civil clara y estable genera técnicas de aseguramiento que son las únicas que, a su vez, permiten claramente incluir el costo del seguro en el precio de venta del producto, técnica a través de la cual quien realmente contamina, el usuario, está ya pagando el hipotético riesgo de contaminación). O sólo así puede entenderse que el nexo causal actividad-daño puede relajarse mediante inversiones de la carga de la prueba o presunciones de antijuridicidad. O, de nuevo, sólo así puede entenderse que la regla sectorial aplicable pueda variar drásticamente en distintas zonas del territorio (como hará, por ejemplo, la aplicación de la Directiva 91/676/CEE de nitratos); o, por ejemplo, que la normativa de aceites usados permita la existencia de monopolios zonales (para generar beneficios estables que permitan crear mercados de recogida, transporte y reciclaje de esos aceites) tal y como hace el artículo 5.2 de la Directiva 75/439/CEE pese a que todos los monopolios en principio son «sospechosos» conforme a la propia legislación europea.

En suma, pues, sólo una correcta comprensión de todos estos principios básicos permiten aplicar correctamente la legislación sectorial al problema debidamente formalizado remitiéndome, en bloque, a la ponencia de D. Ramón MARTÍN MATEO.

6. *Diferente funcionalidad de la legislación sectorial*

El ordenamiento jurídico cumple innumerables funciones, algunas de ellas incluso meramente simbólicas o de expresión de valores políticos (21).

En esa misma medida, la legislación sectorial ambiental cumple distintas funciones según el uso que de la misma se pretenda.

(21) Véanse, por ejemplo, las numerosas sentencias del Tribunal Supremo que entre 1983 y 1988 declararon legales acuerdos municipales de declaración de zona-no-nuclear en cuanto se limitaran a tener valor testimonial.

Así, por ejemplo, el derecho ambiental sectorial constituye para los asesores jurídicos de empresa (me estoy refiriendo, básicamente, a los asesores internos, especialmente a aquéllos que operen en empresas o sociedades que tienen en marcha sistemas de gestión empresarial ambiental, con o sin sistemas adicionales de auditoría externa o interna) el marco básico regulatorio dentro del cual se desarrolla toda la actividad empresarial. La seguridad jurídica es el fin último ya que el riesgo de la pérdida de la inversión es siempre enemigo de los mercados. La legislación sectorial es, pues, más valiosa en cuanto más detallada, ya que debe ser enfocada como un catálogo de normas mínimas de operatividad en el mercado.

Los auditores y gestores de sistemas ambientales empresariales así como sus asesores son quienes deben tener el conocimiento más preciso en el detalle de la norma sectorial ambiental y de los márgenes de aplicación de la misma. Así pues, los abogados de empresa son los juristas profesionales para los que resulta más obligatorio el conocimiento del detalle de los preceptos sectoriales, ya que son ellos los que, normalmente a caballo entre la vicepresidencia de la sociedad u órgano societario equivalente y el ingeniero director de la planta, deben tomar la decisión del día a día (con o sin, se insiste, mecanismos adicionales de control de auditorías) del funcionamiento legal del agente potencialmente contaminador. Su conocimiento del derecho debe enfocarse, pues, hacia el catálogo o «*check list*» de normas precisas que garanticen al consejo de administración y a los accionistas la minimización del riesgo económico derivado de un hipotético funcionamiento ambientalmente ilegal de la empresa (22).

Cuanto más se acerque y se expanda el conocimiento detallado, incluso erudito («de ingenieros» como a veces, y, a mi juicio equivocadamente, dicen no sin un cierto matiz de desprecio, los juristas), más seguridad se crea en el mercado, más se regulariza el cumplimiento de la norma y más se genera presión interna corporativo-empresarial. Es quizá éste el área donde la legislación sectorial detallada cumple su función primigenia (23)

(22) Como es sabido, la tendencia de los empresarios del siglo XXI no es sólo a cumplir la legalidad ambiental sino también la de «prevalerse» de ella como indicativa de hacia dónde camina el proceso regulador de forma que el adelantarse al cumplimiento de la norma se constituya en ventaja competitiva. La literatura en este campo es extensísima, limitándonos a destacar, como más relevante, la siguiente: J. MAKOWER, *The E-factor, the bottom line approach to environmentally responsible business* (1994); S. SCHMIDHENY ed., *Changing course* (1992); B. SMART ed., *Beyond compliance, a new industry view of the environment* (1992); R. BUCHOLZ, A. MARCUS y J. POST, *Managing environmental issues, a casebook* (1992).

(23) Destaco por ello el valor que tienen las guías y manuales a veces injustamente depreciados por la Academia. Por citar algunas, permítaseme citar el *Manual práctico de derecho ambiental*, de la Secretaría General Técnica del MOPT, o el *Derecho ambiental, manual práctico*, de Cristina ALVAREZ BAQUERIZO.

y el área que los profesionales del derecho deberían incluso mirar (24).

El conocimiento por parte del gestor de políticas públicas ambientales tiene también que ser, en principio, igual de preciso, pero con un matiz distinto, ya que el margen de discrecionalidad que deja a la autoridad administrativa la legislación sectorial es, precisamente, lo que le permite mayor o menor calidad ambiental en la zona geográficamente por él controlada, así como el mayor o menor margen en la búsqueda del equilibrio ambiental policéntrico.

Además, en la medida en que la discrecionalidad se pueda extender al proceso de regulación o de elaboración misma de políticas ambientales, el gestor debe conocer no sólo el derecho vigente sino el existente en otras ciudades o entornos y la flexibilidad que la legislación sectorial le puede dar para montar experiencias o planes pilo-

(24) Problema distinto es el del nuevo papel profesional que los abogados internos de empresa deben asumir poco a poco. Resulta obvio que el control del funcionamiento ambientalmente correcto de la empresa constituye un papel nuevo en el contexto sociológico del ejercicio de la abogacía. Hasta recientemente, el abogado entendía que las preguntas acerca de la tecnología aplicable, o las relativas a diversos aspectos del proceso industrial de producción, eran cuestiones técnicas lejanas a su competencia. Ya no vale esa respuesta ya que los riesgos del funcionamiento ordinario de la empresa, desde el punto de vista de la legalidad ambiental, empiezan a ser ya desmesurados. Además, gran parte de la legislación sectorial comienza a cambiar su mecánica operativa dejando de ser una legislación reguladora para pasar a ser una de incentivos, positivos o negativos de conductas empresariales (impuestos ecológicos, ayudas económicas, ventajas derivadas del excepcionamiento de las reglas del derecho de la competencia....) por lo que podría constituir una grave irresponsabilidad «dejar de lado» estos aspectos de funcionamiento de las empresas.

Además, en muchos casos, debido a los riesgos generados por la prueba documental, ello resulta casi una obligación ya que los informes internos cruzados entre los gestores de las plantas de las empresas constituyen obviamente una prueba documental que, de no estar sujeta a las reglas del secreto profesional al estar controladas por el abogado, pueden constituirse en monumentos, en el sentido que al término dió el inefable J. GUASP, que abran al juez o administración sancionadora como un espectáculo, los elementos de prueba incriminadora, perjudicando así a quienes simplemente han puesto en marcha ese cruce de documentos como mecanismos de autocontrol de la calidad ambiental de funcionamiento de la empresa.

Véase, en general, G. MANN, *Internal Environmental Audits: Can legal Professional Privilege Be Claimed?*, en «Environmental and Planning Law Journal», sept. 1991, págs. 179 y ss.; y M. H. LEVIN, A. D. HYMES y S. MULLANEY, *Discovery and Disclosure: How to Protect Your Environmental Audit Report*, en «Environmental Reporter», 0013-9211/94 (1994).

Finalmente, debe tenerse en cuenta que es éste distinto modo de entender el valor que los documentos internos de la empresa tienen a efecto de las pruebas incriminadoras, lo que todavía está paralizando el acuerdo definitivo acerca de la armonización internacional de la gestión ambiental de las empresas por el TC 207 de la ISO dadas las diferencias que existen en general entre la posición europea, japonesa, y norteamericana en este campo. Véase, por todos C. EHRLI, *The Green Passport*, en «Resources», vol. 17, núm. 1 (1995).

Además, debe también resaltarse que cada vez es mayor la tendencia a que si existe transparencia en ese cruce de documentos cuando se monta como sistema de autocontrol empresarial, los hechos que salen a la luz a través de ellos puedan ser utilizados como circunstancia mitigadora en el caso de que sólo a partir de la misma se constate la existencia de infracciones administrativas o conductas constitutivas de delito o falta. Véase, por todas, las *Draft Sentencing Guidelines for Environmental Violations*, «Nov.» 16, 1993 (*Bureau of National Affairs, Environment Reporter* de 26 de nov. 1993).

tos que se separen válidamente, en función de la justificación experimental, de la legalidad ordinariamente aplicada. Su visión de la legislación sectorial claramente no debe ser tanto la seguridad de que crea su aplicación en el mercado (aunque este aspecto, no debe ser olvidado), sino la de la efectividad misma de la política pública ambiental para la que la reglamentación sectorial se promulgó y, por consiguiente, tanto el detalle como el derecho principal y la interpretación conforme a la política plasmada en la norma son el elemento más relevante.

Por ilustrar lo dispuesto con un ejemplo, resulta obvio que la obligación de «informar inmediatamente a la administración pública competente en caso de desaparición, pérdida o escape de residuos tóxicos o peligrosos» —art. 5.g) de la Ley Básica de Residuos Tóxicos Peligrosos—, tiene una finalidad pública (poner en práctica medidas cautelares cuanto antes para prevenir daños a la salud pública y al medio ambiente) que hace de esta obligación una básica desde el punto de vista del *gestor público*, quizás incluso más importante que el control de la regularidad del funcionamiento de la empresa. Para el *asesor de la empresa*, es la evaluación económica de los riesgos que asume mediante la comunicación lo que debe tenerse en cuenta. Desde el punto de vista del abogado de empresa, lo importante es saber de hecho si la extraña cláusula del artículo 50.d) del Reglamento («omisión de información obligatoria») —que parece pensada para asegurar el envío a la administración competente de la información documental que periódicamente debe enviar el gestor o el productor de residuos (ya que el cuadro tipo de infracciones del art. 16 de la propia Ley Básica sólo tipifica como infracción la falta de información *previamente solicitada por una administración pública*)— de hecho se aplica o no a los supuestos ya descritos del artículo 50G de la Ley Básica (pérdidas o fugas no intencionadas) y si ello conlleva o no un mayor riesgo económicamente evaluable.

La función del abogado o del juez es más objetiva en cuanto que debe ser parecida a la del gestor, aunque claramente matizada por cuanto que, para lograr un equilibrio entre diversos bienes o valores constitucionales, también debe poner especial énfasis en otros principios constitucionales, a veces incluso directamente contradictorios con el de la protección ambiental, tal y como ocurre con el artículo 128 de la Constitución(25), o con otros principios que obedecen a otra lógica constitucional como ocurre con los de seguridad jurídica

(25) Como es sabido, desde la STC 64/1982 de 4 de noviembre, es claro que los artículos 45 y 128 de la Constitución constitucionalizan valores en contradicción que hay que equilibrar en el supuesto concreto. Véase E. ALONSO GARCIA, *La interpretación de la Constitución* (1983), págs. 415 y ss.

y de defensa de los artículos 24, 25 y concordantes también de la Constitución.

Finalmente, dado que las ONGs obedecen a fenómenos de participación social que se rigen por la libertad de elección de objetivos en virtud de la libertad del derecho de asociación, será su agenda política lo que determine el apego o no al detalle de la norma sectorial.

* * *

En cualquier caso, resulta obvio que para cualquiera de estas funciones o usos de la legislación sectorial, lo que resulta ineludible es una tarea clara de delimitación de los grupos normativos (26) y una cierta aproximación a la lógica de la norma de detalle a partir de los grandes grupos sectoriales: contaminación atmosférica, contaminación y uso como recurso natural de las aguas continentales, contaminación de las aguas marinas y planificación del litoral, contaminación acústica, residuos (no peligrosos y peligrosos) sustancias tóxicas, planificación de usos del suelo, medio ambiente y comercio, o gestión de la biodiversidad (especies-habitat)... etc.

La aproximación a la ley sectorial debe hacerse siempre, pues, dentro de la lógica del conjunto de las políticas ambientales dominantes para esos grandes sectores buscando la coherencia del detalle con el conjunto de las políticas sectoriales y globales. De alguno de esos grandes grupos, y de su lógica interna y detalle se ocupan, precisamente, las mesas de trabajo programadas a continuación en la agenda de este congreso.

II. TIPOLOGÍA Y FUENTES ATÍPICAS DE LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL SECTORIAL

Desde que simultáneamente, a principios de los años 70, en Europa y EE.UU. se comenzó a legislar extensivamente a nivel sectorial, el *corpus* generado ha permitido ir delimitando determinadas técnicas legislativas y enfoques jurídicos especiales que hoy en día ya comienzan a ser lugar común en muchas leyes ambientales pero que, curiosamente, no se dan —al menos con tanta frecuencia— en otros sectores del ordenamiento jurídico (o ni tan siquiera en el más usual, el jurídico-administrativo).

Esta segunda parte de la ponencia tiene la finalidad básica de

(26) Utilizo aquí el término en el sentido más clásico posible. Véase J. L. VILLAR PALAST, *La interpretación jurídica y los apotegmas jurídico-lógicos* (1975).

analizar estos aspectos particulares que, no se olvide, junto con los principios básicos ya expuestos por Don Ramón Martín Mateo en la primera ponencia marco, deben servir de interpretación y análisis para los profesionales que se muevan en este campo del derecho ambiental. Así pues, y sin ánimo exhaustivo, se analizarán 1) la tipología de las normas ambientales (técnicas más usuales de utilización del derecho para plasmar políticas ambientales sectoriales); y 2) algunas fuentes del derecho especiales o atípicas —por nuevas, o por no estar tan extendidas en otras ramas del derecho— de gran transcendencia para la aplicación del derecho sectorial, tales como *a)* la interacción entre el *corpus* reglamentario y los acuerdos voluntarios celebrados entre las administraciones públicas y los afectados; *b)* el complejo mundo de la evaluación económica de los bienes ambientales; y *c)* el necesario entrecruzamiento entre técnicas de derecho público y de derecho privado para la solución de muchos problemas ambientales.

1. *Tipología de las normas ambientales (27)*

Normalmente, las normas ambientales sectoriales obedecen hoy en día a uno de estos esquemas (de nuevo, la tipología no tiene intenciones exhaustivas):

A) *Normas reguladoras del producto.*

Suelen ser las más eficaces ya que fijan las normas de funcionamiento en el mercado y pocos productores se arriesgan a invertir en costos de instalación o reconversión de los procesos industriales para la fabricación o presentación un producto de ilegal circulación, aunque estas normas plantean el problema de los efectos restrictivos

(27) Gran parte del contenido de la regulación ambiental lo es indirecta, es decir, a través de la regulación de las condiciones ambientales de productos y procesos de producción que determinan la viabilidad de la puesta en el mercado de determinados bienes. Normalmente, estas normas obedecen a la necesidad de estandarizar o normalizar el producto a efectos de su incorporación al mercado interior europeo (art. 100A del Tratado CEE) o de otros mercados (Tratado de Libre Comercio o de MERCOSUR) y, desde la nueva versión del GATT (en un fenómeno de interrelación con la ISO) también a escala internacional.

La tipología de normas de estandarización es sumamente variada y su exposición (armonización total, armonización parcial, armonización de mínimos, armonización opcional....) y efectividad (ventajas e inconvenientes para los operadores económicos afectados) harían esta ponencia larga en exceso. Remito al lector a mi libro *El derecho ambiental de la Comunidad Europea*, vol. 1 (1993), págs. 56 y ss.

que pueden producir al bloquear la entrada de los bienes que no cumplen las condiciones reguladas (arts. 30 a 36 del tratado CEE, 138 y 139 de la Constitución y XX del GATT).

Desde luego, hay sectores donde claramente constituyen la estrategia sectorial más adecuada como ocurre, típicamente, en la regulación de las emisiones atmosféricas por fuentes móviles, en la de sustancias peligrosas, en la de la contaminación acústica, en la salud ocupacional y en las normas de calidad en la edificación (28).

B) *Normas reguladoras de procesos de producción.*

Suelen ser también muy eficaces puesto que obvian el problema del control del resultado. Sin embargo, producen, a su vez, el problema del funcionamiento de la tecnología ya que la misma no sólo debe ser la adecuada sino, además, usarse regularmente de forma adecuada (este es por ejemplo el problema más usual de las incineradoras de residuos peligrosos o incluso de las de residuos sólidos urbanos)

Es raro que el legislador opte por una tecnología muy específica por el privilegio del mercado que ello supone (29), pero no por ello se rehuyen las normas tecnológicas tal y como ocurre, por ejemplo, en la reciente regulación por la Unión Europea de las cualidades técnicas de los vertederos o en la anterior, ya transpuesta, de regulación de las incineradoras de residuos o, en términos más amplios (necesidad de tratamiento primario o secundario) en la legislación de aguas residuales.

Lo más normal, sin embargo, es que se regule la tecnología exigible mediante cláusulas-tipo que constituyen conceptos jurídicos indeterminados. Las célebres cláusulas BAT y BAT-NEC (30) de la legislación europea son el caso paradigmático. Aunque en las propias directivas es dudoso que constituyan, técnicamente hablando, con-

(28) Nos estamos refiriendo a normas de obligado cumplimiento y no a las que establecen incentivos de *marketing* publicitario (ecoetiquetaje, o simplemente, de etiquetado con mención del contenido real del producto). Por cierto, la ausencia en España de derecho realmente aplicado en materia de publicidad engañosa, hace de este incentivo algo en gran medida irrisorio.

(29) El caso más conocido fué el de la determinación de la tecnología aplicable en la negociación en el seno de MARPOL en la Organización Marítima Internacional acerca de si imponer la media cubierta o el doble casco como técnica exigible a los petroleros, negociación que se bloqueó durante unas horas para que Mitsubishi renunciara a ejercer los derechos derivados de las patentes que sobre la construcción con medias cubiertas había registrado hasta la fecha en previsión del acuerdo internacional.

(30) *Best Available Technology* y *Best Available Technology Not Entailing Excessive Economic Costs*.

ceptos jurídicos indeterminados en vez de ámbitos dejados a la libre discrecionalidad soberana de los Estados miembros, sin embargo, en el momento en que sus términos literales son transpuestos en el derecho interno, las cláusulas deben convertirse y se convierten de hecho en conceptos jurídicos cuyo control jurídico está pendiente todavía hoy de exploración (31). Es más, la tendencia lleva a que sea la propia Unión Europea, para favorecer la aplicación uniforme y sin distorsiones de la competencia, la que acabe configurando este tipo de cláusulas como un concepto jurídico indeterminado (32).

C) *Normas reguladoras de objetivos o estándares de calidad.*

Son las más usadas por el legislador y las administraciones públicas en el momento de promulgar leyes o reglamentos ya que son las que políticamente cumplen mejor con la simbología de haber logrado una solución del problema ambiental: se establecen los parámetros máximos de contaminación que las masas de aire, agua o suelo deben tener, dando por supuesto que la situación es ilegal si dichas masas no los cumplen.

Son típicas, como se sabe, de la legislación de contaminación atmosférica y de control de la contaminación de las aguas, tanto continentales como marinas, y tenderán también a-ser introducidas en la legislación autonómica de contaminación de suelos, sin perjuicio del debate que acerca de la multifuncionalidad de los estándares se está produciendo en el seno de las Comunidades Autónomas más afectadas (33).

Sin embargo, aunque se presentan como la solución ideal de un problema ambiental correctamente formalizado, resulta obvio que es la incorrecta formalización del problema (el olvido de que la implementación previsible también forma parte del problema) lo que hace

(31) Desconozco si ha habido algún caso en el que algún tribunal contencioso administrativo haya anulado una licencia, o un acto administrativo de denegación de la licencia, por entender que la industria (o la Administración) no aplicó correctamente la cláusula permitiendo o no el establecimiento de tecnologías que no se ajustaban a dicha cláusula.

(32) Véase, por ejemplo, *European Commission, Technical Note on Best Available Technologies Not Entailing Excessive Costs for Heavy Metal Emissions for Non-Ferrous Industrial Plants, Final Report, May 1991*, OPOCE, 1994.

(33) En especial, me remito al debate en el seno del Gobierno del País Vasco. Véase la documentación del «I Congreso Internacional de Suelos Contaminados, Vitoria-Gasteiz», 25-26 de octubre de 1993, organizado por IHOBE. Como es sabido, la multifuncionalidad hace referencia a que se admiten distintos parámetros de limpieza según las distintas funciones que vaya a tener el uso del suelo una vez limpio (legislación alemana), mientras que la unifuncionalidad apela a la necesidad de adoptar un sólo parámetro, el más estricto, para todo tipo de limpieza (legislación danesa; naturalmente, casi con tantas excepciones como «multifunciones» tiene la legislación alemana).

de ellas las más difíciles de implementar ya que operan sobre la base de eludir toda identificación de las fuentes de contaminación sobre las que se debe actuar y, además, silencian totalmente los procedimientos utilizables para llegar a lograr el objetivo de calidad. Es aquí donde el principio de efectividad del derecho ambiental debe justificar la mayor flexibilidad en la admisión de la puesta en práctica de nuevos instrumentos administrativos y judiciales, algunos de ellos incluso desconocidos por administraciones públicas y jueces españoles.

El problema mayor, desde luego, es el constituido por la falta de mecanismos para garantizar la calidad de masas de agua o aire cuando la contaminación es de origen puntual pero múltiple, y cada agente actúa dentro de la legalidad de la norma de emisión. Por ejemplo, todos los municipios de una cuenca de un afluente pueden cumplir perfectamente la norma de emisión de aguas residuales pero la suma de todos sus vertidos generan la violación del estándar de calidad de ese afluente. Sólo sistemas jurídicos muy sofisticados pueden poner en marcha mecanismos (mercados del derecho a contaminar reconocido como título-valor, por ejemplo) tendentes a lograr la implementación del estándar. En España, ni siquiera un mecanismo que pretende alcanzar no ya el estándar sino simplemente procurar obtenerlo (el canon de vertidos) ha podido funcionar con una mínima seriedad (34).

Tampoco la técnica del control de vertidos mediante su calificación como actividad clasificada o mediante el control de dichos vertidos por el organismo de cuenca llega a producir el resultado de que se respeten los objetivos de calidad que representan los parámetros para los que han fijado niveles de concentración máxima ya que muy difícilmente puede el órgano administrativo justificar la denegación de una licencia que se ajusta a la más estricta legalidad en cuanto a la norma de emisión (35).

(34) Véase R. MARTÍN MATEO, *Tratado de derecho ambiental*, vol. 2 (1992), págs. 88 y ss.; y, también, C. PALAO TABOADA, *La Aplicación del Canon de Vertido en los Municipios*, conferencia no publicada pronunciada en las «Jornadas Sobre Problemas Ambientales de los Pequeños y Medianos Municipios» celebrado en Arenas de San Pedro el 23-26 de noviembre de 1994.

(35) Véase E. ALONSO GARCÍA, *El derecho ambiental de la Comunidad Europea*, vol. 2 (1993), págs. 40 y ss.

D) *Normas de emisión.*

Constituyen el mecanismo más fácil de controlar administrativamente (36) ya que es el ideal para controlar la contaminación puntual, tanto atmosférica como acústica, por olores y vertidos de aguas marítimas o continentales. Además, ofrece la ventaja de la absoluta seguridad al mercado al basarse en una casi absoluta igualdad de los costos económicos de inversión en tecnología ambiental (sea cual sea la tecnología, toda fábrica de determinado tipo tiene que sujetarse a determinada norma de emisión de determinadas sustancias). Ello no obsta para que, ambientalmente, no sea una norma tan correcta si no se coordina con el establecimiento de objetivos de calidad (37).

E) *Normas de control de procedimientos y requisitos burocráticos documentales.*

Una de las técnicas más útiles es la de garantizar la solución del problema ambiental a través de la imposición de requisitos o procedimientos burocráticos que, de cumplirse, deberían llevar casi automáticamente al resultado querido. El control de los residuos (régimen de manifiesto que permite el seguimiento de los residuos «de la

(36) Ello no implica que el jurista deba confiar en exceso en el mecanismo administrativo de control dadas las dificultades que a veces presenta la articulación correcta, desde el punto de vista técnico, del material probatorio. El análisis de los vertidos de aguas continentales o marinas constituye el caso paradigmático donde el conocimiento de la norma sectorial tecnológica (análisis y muestreo) resulta de capital importancia dada la necesidad de utilizar pruebas de validez consensuada en la comunidad científica. Es más, el conocimiento de esta legislación meramente instrumental resulta de capital importancia para argumentar acerca de la validez del sistema probatorio utilizado. Aparte de las aguas, cabe mencionar el ejemplo, difícil de articular, del control de los malos olores donde sólo sistemas basados en la percepción cerebral tales como los inspectores especialmente formados o «jurados de olores» suelen ser más fiables que los inventos técnicos basados en el complejo análisis químico de las partículas generadoras de los olores (olorímetros). Véase, por todos, R. K. JAIN, L. V. URBAN, G. S. STACEY y H. E. BALBACH, *Environmental assessment, Annex B* (1993), y L. H. KEITH, *Environmental sampling and analysis, a practical guide* (1991).

(37) El caso más conocido de este debate, donde obviamente, desde el punto de vista ecológico era el Reino Unido quien tenía la razón, es el de la fijación de las normas de emisión de los vertidos de sustancias tóxicas a las aguas donde, sin embargo, se impuso (salvo excepción autorizable por la Comisión para utilizar objetivos de calidad, lo cual, por cierto, puede hacer España para tramos de ríos a partir de la planificación hidrológica) el criterio alemán de exigir en cualquier caso normas de emisión, lo cual, económicamente, es lo más correcto al situar a todas las empresas en pie de igualdad en el aspecto competitivo. Véase D. TAYLOR, G. DIPROSE y M. DUFFY, *European Community of Water Pollution, the Implementation of Directive 74/464 in Perspective*, en «XXIV Journal of Common Market Studies» (1986), págs. 225-246.

cuna a la tumba»), y el de las sustancias tóxicas o peligrosas, se basa en esta técnica jurídica, también bastante fácil de articular y controlar (basta con el control de la documentación para constatar un vicio en la gestión).

Sin embargo, sólo es plenamente efectiva en aquellos sistemas que derivan consecuencias jurídicas serias de la infracción de las normas sobre información y registro de documentos mediante técnicas tales como, por ejemplo, institucionalizar la presunción de que la contaminación se estuvo produciendo desde el momento en que en la propia documentación de la empresa se constató el error (o desde el momento de la ausencia de documentación correcta) o como la técnica de defender la proporcionalidad de la sanción, y de la obligación de restaurar, con el tiempo transcurrido desde que en la documentación constó el fallo en la gestión ambiental (multa de tantas pesetas por día en que se ha estado incumpliendo), técnicas éstas no introducidas, salvo error del autor, en nuestro derecho.

F) *Normas de coordinación de políticas ambientales.*

Son, quizás por su novedad, poco conocidas todavía aunque parece haber un cierto consenso en que su eficacia es mucho mayor de la que originariamente se creyó que tendrían y pese a que, al no consagrar intereses legítimos o derechos subjetivos claramente delimitados, los juristas tiendan a mirarlas con un cierto desprecio.

A nivel supranacional estas normas simplemente obligan a poner en marcha una política ambiental sectorial específica sin regular para nada su contenido (es más, basta cualquier contenido) o regulándolo muy poco, sujetándolo bien a mínimos vinculantes bien, lo que es más normal, a directrices o valores-guía.

Lo importante es conseguir, por consiguiente, la existencia de una política nacional específica tendente a constatar «oficialmente» la existencia del problema ambiental y orientada a darle solución (38). Un ejemplo puede ser la operatividad de las cláusulas de salvaguardia que excepcionan la aplicación de la legislación europea por motivos excepcionales (normalmente riesgos naturales) o las políticas de

(38) Para cualquiera que haya trabajado en una administración pública española y, por tanto sea conocedor de la penuria de recursos con que se encuentran las administraciones ambientales, resultará fácil imaginarse la tremenda efectividad que supone el que, aunque sea con un sólo funcionario, alguien se dedique a programar una política sectorial concreta recibiendo el apoyo de sus superiores jerárquicos. Las administraciones públicas siempre estarán infradotadas en recursos humanos y técnicos por lo que la decisión política de aprobar una línea de acción política tiene a veces más trascendencia que la aprobación de un reglamento de cuya aplicación luego no se encarga nadie.

incentivación del reciclaje (al menos hasta la aprobación de la directiva de envases y embalajes).

A nivel del derecho interno doméstico y de políticas empresariales a veces la norma que simplemente obliga a las empresas a poner en marcha una política determinada de gestión de un problema ambiental también tiene mucho éxito cuando sustituyen a esquemas regulatorios clásicos, especialmente a nivel municipal. Por ejemplo, estas políticas se han ensayado con éxito en ordenanzas municipales reguladoras de los residuos de oficinas (tintes de fotocopiadoras, excesos de papel...) donde el municipio examina y aprueba el programa de minimización y reciclaje de residuos que propone la propia oficina o comercio, quedando ésta autovinculada al mismo. A un nivel superior, regional o estatal, también se han puesto en marcha experiencias piloto que están pendientes de evaluación en áreas tales como el de la contaminación atmosférica urbana. Se impone, por ejemplo, a toda empresa de más de 100 trabajadores la necesidad de que presente para su aprobación ante la administración gestora de la contaminación atmosférica un plan o programa de reducción de un porcentaje determinado (10%, 20%...) del número de vehículos de sus empleados que se trasladan al centro de trabajo mediante la puesta en marcha, naturalmente, de medidas laborales de incentivación del transporte público o de la colectivización del transporte por grupos de trabajadores. De nuevo, simplemente se señalan los objetivos obligando a la empresa a presentar su propio programa y se deja libertad en cuanto a su formulación pero, naturalmente, quedando la propia empresa autovinculada a la efectiva implementación del mismo.

En suma, este tipo de normas que simplemente obligan a poner en marcha políticas concretas, sin juridificar su contenido, suelen tener una mayor eficacia al basarse en la autoaceptación del contenido y disminuir los costos de transacción (costos administrativos de implementación de las empresas y administraciones públicas).

G) *Normas de ordenación territorial.*

Allí donde los usos del territorio son regulados tradicionalmente de manera intensiva, resulta obvio que la utilización de esta legislación (en España las leyes estatales y autonómicas del suelo) resultan de extrema utilidad para la solución de problemas ambientales. Basta citar como ejemplo, la calificación de los humedales como suelo no urbanizable *ex lege* así como la obligación de calificarlo como tal en los correspondientes planes llevada a cabo recientemente por la legislación valenciana. En cualquier caso, remitimos también a la

ponencia del Congreso que específicamente se ocupa de la legislación de ordenación territorial en política ambiental.

H) *Otras normas de incentivación.*

La metodología de la formalización de los problemas ambientales conlleva la extrema utilidad del examen del ordenamiento jurídico sectorial (incluso del sectorial totalmente ajeno al ambiental) a partir del crisol valorativo de si supone o no su aplicación un incentivo, positivo o negativo, de conductas ambientalmente correctas. Por ejemplo, quizás es más importante para la protección de los humedales la prohibición de situar, en determinados de ellos, instalaciones de acuicultura, o de plantar en los mismos arroz, que la aplicación, con toda su rimbombancia, de los artículos 103 y ss. de la Ley de Aguas. O puede ser mucho más eficaz para la solución del escandaloso problema de la gestión de los aceites usados el que los mismos se incluyan en la forma polinómica del Ministerio de Industria y Energía entre las posibles fuentes de energía (con trato de favor... ¿por qué no?) a efectos del cálculo de la tarifa eléctrica que todas las subvenciones a fondo perdido que se prevén en el plan de residuos industriales.

Naturalmente, estas normas, o conjuntos de normas que no constituyen, técnicamente hablando, un grupo normativo sino simplemente un listado de normas que afecta, incentivando de una forma u otra, conductas ambientales, puede llegar incluso a constituirse en un instrumento muy valioso de política económica, como ocurre con el movimiento, creciente en el ámbito europeo, de sustitución de los impuestos sobre el capital y el trabajo (paradójicamente los Estados se nutren de las únicas fuentes de riqueza productiva, paralizándolas o retirándolas del mercado y bloqueando, por tanto, su mejor utilización) por los que recaen sobre la utilización irracional de los recursos naturales (39).

2. *Fuentes especiales*

De cuanto se lleva expuesto se deduce que en derecho ambiental la legislación sectorial puede dar pie muchas veces a la utilización de

(39) Véase, por todos, E. VON WEIZSACKER y J. JINGHAUS, *Ecological tax reform: a policy proposal for sustainable development* (1992).

figuras y técnicas legislativas nuevas o, al menos, no utilizadas tan regularmente en otros sectores del ordenamiento jurídico.

Vamos a limitarnos a analizar tres ejemplos paradigmáticos para describir esta tendencia: A) la correcta colocación en el sistema de fuentes del derecho y de fuentes de las obligaciones de los acuerdos voluntarios negociados entre las administraciones públicas y los sectores implicados para la implementación de alguna política ambiental sectorial; B) la evaluación socioeconómica real de los impactos y daños ambientales; C) la utilización de técnicas contractuales privadas para elaborar la puesta en práctica de políticas ambientales públicas sectoriales.

A) *Los acuerdos voluntarios*. El régimen del acuerdo voluntario, que ya empieza incluso a ser discutido como posible técnica de uso generalizado por la propia Comisión Europea (40), existe en numerosos países de la Unión (41). No estamos aquí ante la técnica, ya examinada, de los ADR, que es una técnica de solución de conflictos ya planteados como tales, sino ante una técnica de legiferación o regulación. Consiste en establecer un régimen sectorial muy intenso de regulación sustantiva y supervisión y control administrativo pero no con la finalidad de ponerlo en ejecución, sino exclusivamente con la de utilizarlo como incentivo, por su dureza, para que los afectados por la misma se vean obligados a negociar un régimen jurídico distinto pero voluntariamente aceptado de forma que las administraciones públicas ahorran incontables recursos en costos de transacción o implementación aunque sacrifican, en cierto grado, la aplicación dura del régimen jurídicamente regulado.

Jurídicamente, el régimen negociado no se regula, para dejar flexibilidad en la negociación, sino que el ordenamiento simplemente se limita a admitir la posibilidad de puesta en práctica de dicho régimen negociado juridificándose simplemente su plena validez en el ordenamiento sectorial mediante el *excepcionamiento* de la aplica-

(40) Véase *European Union: voluntary environmental agreements with industry being considered by Commission*, en «Bureau of National Affairs-International Environmental Daily», 10-3-95.

(41) Para los acuerdos voluntarios en marcha en Europa a fin de alcanzar porcentajes altos de reciclaje —sobre la base de que la industria que no se incluye en el acuerdo no puede poner un bien en el mercado si no monta su propio sistema de recogida de envases, almacenamiento, transporte y reciclaje (reglamento «duro») —, véase, por todos, C. PAÑO CALLADO, *Legislación Sobre Envases y Medio Ambiente: Situación en Europa*, en «Boletín ICE Económico», núm. 2397, enero 1994.

Acerca del sistema de acuerdos, en general, véase *Environmental contracts and covenants, new instruments for a realistic environmental policy* (H. M. VAN DUNNÉ ed., 1993), y, en particular en Holanda, N. S. J. KOEMAN, *Bilateral Agreements between Government and Industry in Dutch Environmental Law*, en «European Environmental Law Review», 1993, julio, págs. 182 y ss.

ción del régimen duro y detalladamente regulado, supuestamente de aplicación general pero *de facto* sociológicamente excepcional.

Esta posibilidad de excepcionar un régimen jurídico especialmente duro para aplicar otro cuyo contenido no se regula sino que se negocia, hasta ahora ha sido sólo admitida, quizá incluso de forma inconsciente y por la pura necesidad, en un campo no muy lejano al estrictamente ambiental cual es el de control de la calidad ambiental de la zona marítimo terrestre en la Ley de Costas (42). Sin embargo, se ha estudiado hasta la saciedad para su posible implantación en el campo de los residuos (43), donde su primer intento de instauración «fracasó» ante la equivocación manifiesta acerca de sus implicaciones jurídicas ya que tanto el Gobierno como las Comunidades Autónomas interpretaron, erróneamente, que estaban ante un supuesto de ejecución o gestión ambiental y, por tanto, *ex* artículo 149.1.23 de la Constitución, competencia de las Comunidades Autónomas, lo cual además excluía toda posibilidad de alcanzar un acuerdo en el ámbito nacional (lo cual, a su vez, invalida la fórmula al compartamentalizar mercados) (44). Y digo «erróneamente» porque el Tribunal Constitucional, en la STC 149/91, en la que analizó el único supuesto expresamente admitido en nuestro derecho de excepcionamiento de un régimen jurídico, el del ya citado artículo 25.3 de la Ley de Costas, claramente determinó que se trata de una *compe-*

(42) Véase el artículo 25.3 de la Ley de Costas que literalmente dispone que «Excepcionalmente y por razones de utilidad pública debidamente acreditadas, el Consejo de Ministros podrá autorizar las actividades e instalaciones a que se refieren las letras *b*) y *d*) del apartado 1 de este artículo. En la misma forma podrán ser autorizadas las edificaciones a que se refiere la letra *a*) y las instalaciones industriales en las que no concurren los requisitos del apartado 2 que sean de excepcional importancia y que, por razones económicas justificadas, sea conveniente su ubicación en el litoral, siempre que, en muchos casos, se localicen en zonas de servidumbre correspondientes a tramos de costa que no constituyan playa, ni zonas húmedas u otros ámbitos de especial protección...».

(43) Véase el ya citado *Estudio para la actualización de la legislación española sobre residuos*. Está en la actualidad en proceso de negociación para la implantación de un régimen negociado en el sector de la recogida selectiva y tratamiento de envases y embalajes. El acuerdo negociado en 1993 fracasó precisamente porque uno de los subsectores interesados indicó que mientras la legislación no les obligara a recoger y tratar estos residuos, no sabían por qué tendrían que financiar el esquema del acuerdo voluntario. En una palabra, la legislación actual (tanto estatal como autonómica, exceptuando quizás la nueva Ley de Cataluña de julio de 1993, legislación cuya reforma, como se sabe, ya ha sobrepasado los plazos de la Directiva 91/156/CEE), es demasiado «blanda» para servir de incentivo a la negociación. El mismo fenómeno se había producido un par de años antes con los fabricantes de aceites (se estudió incluso si podría haber base legal en el art. 11 de la Ley Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos para imponer el «régimen duro» por norma implemendaria, lo que se rechazó básicamente por motivos jurídicos al estimarse que, probablemente, era necesaria la reforma —al menos habilitante— con rango de ley).

(44) Me refiero al acuerdo alcanzado entre el MOPT y la Federación Española de la Industria Química invalidado en 1994 a requerimiento de la Generalidad al que se añadió el Gobierno. Naturalmente, el factor político de pactos interpartidistas, también puede explicar en parte el porqué de este allanamiento.

tencia de naturaleza legislativa y no de una competencia ejecutiva (45).

En cualquier caso, la aprobación por la Unión Europea de la directiva de envases y embalajes ha hecho que se vuelva a plantear la conveniencia de un acuerdo nacional, acuerdo que ya ha sido prácticamente cerrado y que sirve de base, paralela, al excelente anteproyecto de ley que, para su tramitación por el procedimiento de urgencia, está pendiente de remisión a las Cortes y que se basa en los principios recién expuestos.

Por consiguiente, estamos ante una fuente atípica, cuya exploración y estudio detallado como mecanismo de aplicación en sectores de la legislaciones ambiental deben ser tomados en serio y hasta el detalle, en especial en sus aspectos jurídicos (¿quién negocia?; ¿cómo se articulan las obligaciones y derechos resultantes del acuerdo?; ¿cómo se vincula —si es que se puede— a terceros?; ¿cuál es el régimen aplicable al incumplimiento del acuerdo por parte de una empresa,...incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato privado o incumplimiento de norma administrativa de policía, con posibilidad de aplicación del régimen sancionador de derecho administrativo?...) (46), sin perjuicio de la necesidad, adicional, de análisis de su lógica o legitimidad política (47).

B) *Evaluación socio-económica de impactos y daños ambientales*. Otro área donde el ordenamiento jurídico español está todavía lejos de asentarse es el de la evaluación socio-económica de impactos y daños ambientales.

Como es sabido, la evaluación socio-económica puede o no ser un componente necesario de los procedimientos de evaluación de impacto ambiental (48). Nuestro derecho no lo impone, aunque la tendencia es a que, por influencia internacional, se vaya poco a poco

(45) En el fundamento jurídico 3.D de la STC 149/1991 se dice literalmente al analizarse las potestades del Consejo de Ministros de levantar —para obras o instalaciones determinadas— algunas prohibiciones que el propio artículo 25 establece como régimen general, o de excepcionar, para alguna instalación industrial concreta otras reglas —también generales— del mismo artículo (véase la nota 42), que «la atribución concedida al Consejo de Ministros no es, en consecuencia, un acto de ejecución de aquellas normas fragmentarias, sino parte integrante del contenido de la norma total» (la cursiva es mía).

(46) Véase, en general, E. ALONSO GARCIA, *Casos y materiales de derecho del medio ambiente urbano*, 1995, Unidad 2, págs. 219-422.

(47) Conviene traer a colación, por ejemplo, la espléndida literatura jurídico-administrativa generada con motivo de un fenómeno similar cuando en su día se implantaron en España las técnicas de «urbanismo concertado».

(48) Véase R. J. JAIN *et al.*, *Environmental assessment* (1993), capítulo 10, págs. 187-218; véase, también, «World Bank Technical Paper», núm. 139, *Environmental assessment sourcebook*, vol. 1, capítulo 4, págs. 137-154, y R. F. MIKESSELL y L. F. WILLIAMS, *International banks and the environment* (1992).

exigiendo. En cualquier caso, la interdisciplinarietà de la metodología aplicable a estos procedimientos de evaluación de impacto ambiental hace que pueda quedar *a priori* la cobertura de este tipo de análisis en los proyectos (49).

Sin embargo, sí hay otro área donde los juristas deben adentrarse. Resulta obvio que la tendencia de la responsabilidad civil ambiental es a pasar desde la acción de reembolso de gastos de prevención o de intervención inmediata para minimizar impactos e indemnización de daños personales o a la propiedad privada, a la de daños concatenados económicamente (pesquerías, turismo, descenso de producto neto o bruto... motivados por un accidente o impacto ambiental gradual) y a la restauración misma de los ecosistemas afectados salvo cuando dicha restauración resulte económicamente irrazonable (el costo económico de la restauración sea tan grande comparativamente con el del rendimiento ecológico que pueda lograrse a partir del ecosistema restaurado que de hecho se está arrojando dinero al vacío), momento en el cual se sustituye por la indemnización para la realización de proyectos ambientales de alcance similar en su función al que desarrollaba el ecosistema dañado pero de mejor rendimiento ecológico. Esta última indemnización se articularía mediante inversiones directas o constitución de fondos (cuando no, mediante la reparación *in natura* mediante la compensación al inyectar dinero bien en la creación bien en el mantenimiento de otro ecosistema distinto). Se trata, simplemente, de la aplicación de la vieja regla ambiental de priorización de inversiones: evita, minimiza, compensa (50).

Por consiguiente, la evaluación correcta de los costos ambientales, es decir,...¿qué cuesta una ría no contaminada?; ¿qué cuesta un área concreta de una zona perimetral de amortiguamiento de una reserva ecológica?; ¿qué cuesta «la parquedad» (esencia misma) de un parque urbano cuando desaparece ilegalmente?; ¿qué cuesta la asunción de un aumento potencial del riesgo de contraer cáncer dentro de veinte años?...etc., se constituye en una necesidad obvia cuando los jueces se dan cuenta de que no pueden seguir escondiendo la cabeza como una avestruz ante la complejidad (y los aparentes márgenes subjetivos de apreciación) del problema de la indemnización de daños ambientales. Pues bien, cada vez está más claro que existen sistemas objetivos de evaluación de daños a ecosistemas y bienes ambientales que jurídicamente carecen de mercado. Es más, existen redes de intercambio de información entre tribunales y abogados de

(49) Véase *Supra*, apartado II-1.

(50) Véase, por todos, el libro verde de la Comunidad Europea, COM (93) 47, sobre reparación del daño ecológico.

distintos países y cada vez existe más consenso, tanto en el mundo jurídico como en el económico, acerca no ya de los conceptos indemnizables sino de la metodología a utilizar en la evaluación (51) e incluso se ha llegado ya en algunos países, como los EE.UU, a determinar legalmente qué métodos económicos de evaluación son los que deben utilizarse (52). Aquí, la ausencia de análisis metodológicamente jurídico, puede llegar a implicar incluso una grave irresponsabilidad profesional (53).

Por consiguiente, estamos aquí en otro área donde la legislación sectorial, que siempre remite a una no ejercitada responsabilidad civil restauradora, debería completarse (no a nivel regulador, sino a nivel de objeto de conocimiento especializado por juristas) con un análisis riguroso. Al igual que no existe un sólo abogado de compañías de seguros que no sepa cuáles son los criterios y cuáles las cuantías que se están pagando actualmente por indemnizaciones por accidentes de vehículos de motor, no debería haber, en los sectores específicos de derecho ambiental, abogados o jueces que no tuvieran pleno acceso y conocimiento al *corpus* adicional de fuentes de cálculos socioeconómicos de los daños producidos a bienes sin mercado por la implementación incorrecta de la legislación sectorial ambiental de que se trate.

C) *Entrecruzamiento de las técnicas de derecho público y de derecho privado.* Finalmente, otra de las áreas elegidas, casi al azar, a modo de ejemplo, es la del entrecruzamiento de técnicas de derecho privado y de derecho público que hacen que la legislación sectorial ambiental no pueda considerarse en realidad ni de derecho público ni de derecho privado. Tres ejemplos pueden ilustrar este fenómeno: los *swaps* de deuda por naturaleza; la adquisiciones de bienes inmuebles con fines de preservación ecológica; y los contratos de atribución de porcentajes en los beneficios derivados de las patentes obtenidas a partir de acervos genéticos existentes en hábitats críticos.

En el primer caso, véase la Figura 1, el conjunto de la operación requiere entrelazar derecho privado (compra de créditos en los mer-

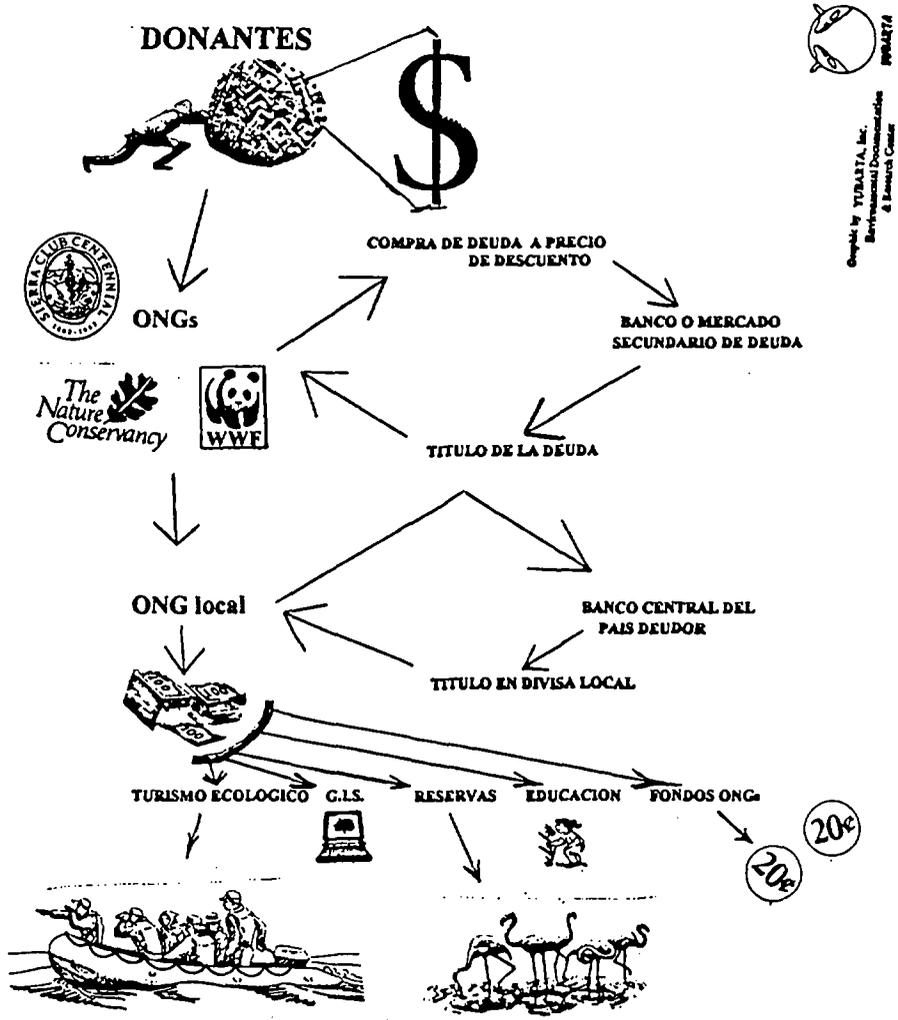
(51) Véase, por todos J. T. WIREPENNY, *Values for the environment, a guide to economic appraisal* (1991).

(52) Véase J. R. KAHN, *The Economic Approach to Environmental and Natural Resources* (1995), págs. 84 y ss. y la legislación norteamericana allí citada donde se impone el denominado «método de la contingencia», debida y puntualmente corregido, como el método a seguir obligatoriamente por administraciones y jueces para la evaluación de daños ambientales.

(53) Como ejemplo muy descriptivo de cómo debe razonarse jurídicamente acerca de la forma de evaluar los daños causados a un ecosistema tan peculiar (y por ello difícil de evaluar) como lo es un manglar, véase el caso *Puerto Rico v. the S.S.Zoe Colocotroni*, 628 F 2nd 652 (1st Cir., 1980).

Deuda por naturaleza

DEUDA POR NATURALEZA



Copyright by YUBARTA, Inc.
Environmental Documentation
& Research Center

FIGURA 1

cados secundarios de deuda), semi-privado (negociación del valor en divisa local de la deuda normalmente comprada en dólares), y público (constitución de reservas biológicas, gestionadas por ONGs locales bajo la tutela, necesaria, de las agencias ambientales locales, donde los temas de soberanía tales como el número y la calidad de las potestades que conserva el poderoso ONG del país industrializado que compró la deuda y da el dinero a los ONGs locales, priman sobre los privados) (54).

En el segundo, dada la imposibilidad de vincular con eficacia real los usos de la propiedad privada, por el límite del máximo de tiempo que implica, por analogía, según la jurisprudencia civil española, el límite de las sustituciones fideicomisarias (que, además, se aplica sólo, en principio, con eficacia de derecho personal y no real), la adquisición de terrenos por personas privadas o ONGs plantea el problema de la imposibilidad de asegurar la perpetuidad del destino preservacionista del bien adquirido. La conexión entre las figuras privadas (contratos de compraventa o adquisición de títulos reales, legados testamentarios, donaciones..., todas ellas sometidas a condición suspensiva o resolutoria de preservación ecológica del inmueble objeto de la transacción o cesión) y los usos del suelo, necesita forzosamente la aplicación de la legislación de ordenación territorial o urbanística, a través de la calificación del suelo, típicamente como no urbanizable o como objeto de un plan especial, o a través de la legislación de espacios protegidos (55).

En el tercer caso, la dinámica supone un acuerdo entre una empresa interesada en la investigación y desarrollo de productos de bioingeniería (normalmente, hasta la fecha, empresas farmacéuticas) y quienes tienen el control del hábitat donde presumiblemente existen acervos genéticos no explorados de especies animales o vegetales o de otro tipo de microorganismos. La empresa financia la constitución de la reserva biológica, y, al menos, un centro de investigación primaria (con finalidad básicamente taxonómica, aunque la inversión en otras instalaciones de investigación normalmente puede negociarse) en el lugar donde se encuentra el hábitat (también suele financiarse la formación del taxonomista o investigador) y las muestras de posibles especies son enviadas a laboratorios de investigación más sofisticados respecto de los cuales no puede realizarse la inver-

(54) Véase por todos R. SEVILLA y A. UMAÑA, *¿Por qué canjear deuda por naturaleza?* (1991).

(55) Véase, como sugerencia de este entrecruzamiento, la disposición adicional sexta de la Ley 4/89 de Protección de la Naturaleza y de la Fauna y Flora Silvestre donde se prevén, abiertamente, las ayudas públicas a asociaciones cuyo fin sea la protección de la naturaleza, para la adquisición de terrenos o el establecimiento de derechos reales que contribuyan al cumplimiento de las finalidades de la propia Ley 4/89.

sión en el propio país del hábitat crítico, debido a la poca marginalidad de los beneficios, laboratorios normalmente situados en Europa o EE.UU., donde se investigan y desarrollan posibles usos comerciales. Los beneficios futuros de las patentes también son negociadas *a priori* (56). Que están en juego normas de derecho público lo demuestra la necesidad que ha habido de introducir los principios reguladores de las conductas de los Estados en cuyo territorio se encuentran los recursos genéticos y de los Estados a cuya jurisdicción están sometidas la empresas de I+D, en los artículos 15, 16 y 19 de la Convención de Diversidad Biológica.

En suma, pues, el derecho sectorial va mucho más allá de la propia regulación sectorial típicamente administrativa aparentemente, pero sólo aparentemente, omnicompreensiva de la regulación del sector.

III. DE NUEVO ACERCA DE LA NOCIÓN DE LEGISLACIÓN SECTORIAL

De cuanto se lleva expuesto deducirá fácilmente el oyente que las funciones de la legislación sectorial son tremendamente variopintas.

Desde luego, su *ratio* primaria es la de constituir grupos normativos básicos de ordenación de la política ambiental sectorial en el sentido ya expuesto con anterioridad de asegurar la uniformidad en la protección del medio (aire, agua, suelo...) o de asegurar la regulación del agente contaminador (residuo, sustancia peligrosa...), así como de asegurar su ordenación en el mercado, tan importante para las unidades económicas que tienen impacto en el sector.

El conocimiento detallado de los preceptos de la legislación sectorial constituye una tarea clave para todos los profesionales del derecho, especialmente los que asesoran a las empresas en su funcionamiento diario. Sin embargo, el detalle de los preceptos de la legis-

(56) Véase, por todos, E. ALONSO GARCÍA, *Casos y materiales de derecho ambiental para asesores jurídicos de empresa* (1995), Unidad 8, págs. 685-725, y la bibliografía allí citada, donde se analiza, con todo detalle, el caso más conocido, el del acuerdo Merck-InBio de Costa Rica. En este caso se dan toda la riqueza de matices en la interconexión entre derecho público y derecho privado. Es más, InBio es una Fundación privada constituida *ad hoc* en cuyos órganos de control participan, como personas físicas, personas que a su vez integran órganos gubernamentales o incluso del comité parlamentario que, por motivos de soberanía, investigó el alcance del acuerdo. Es más, algunos países latinoamericanos, como Colombia o Brasil, como es sabido, ya han constitucionalizado los acerbos genéticos recurriendo a la figura del dominio público estatal —una especie de demanio natural—, por lo que la articulación de estas figuras mediante el uso del derecho público resulta ineludible. Además, en el acuerdo citado, Merck España interviene realizando el análisis de los microorganismos de suelo.

lación sectorial cumple otras funciones añadidas como son las de indicar los estándares de normas ambientales horizontales, es decir, de aquellas normas instrumentadas y promulgadas con la finalidad de enfrentarse, desde un punto de vista concreto, a cualquier problema ambiental con independencia del sector concreto que pueda resultar clave en el problema.

Como ya se indicó en la primera parte de esta ponencia, la legislación sectorial cumple aquí la función de dotar de contenido los estándares exigibles por esta legislación horizontal. Así, por ejemplo, la licencia de actividades clasificadas tiene que respetar, sectorialmente, la legislación del grupo normativo correspondiente; o también, una de las funciones básicas de la evaluación de impacto ambiental es comprobar el perfecto cumplimiento de toda la normativa ambiental aplicable al proyecto y en el territorio en el que se pretende realizar; los estándares de negligencia o de antijuridicidad de la conducta en materia de responsabilidad civil vienen referidos, cada vez más, al cumplimiento o no de los detalles regulados por el ordenamiento sectorial dado que su cuantificación numérica, por su objetividad, facilita al juez su tarea; por supuesto, en el caso penal, como ya se vió, estamos ante un tipo en blanco cuyo contenido se dota en gran parte por las normas sectoriales administrativas... etc., etc.

Pero, además, la legislación sectorial sirve básicamente como marco de referencia para el discurso jurídico en técnicas de negociación, ya sea de solución de conflictos (ADRs) ya sea de regímenes paralelos a los sectorialmente regulados (acuerdos voluntarios).

Además, también sirve la legislación sectorial para la «reforma» de la legislación procesal, reforma no de carácter legislativo (57) sino

(57) Aunque, a veces, ésta también se hace necesaria. Véase, por ejemplo, el tantas veces citado *Estudio sobre la actualización de la legislación española de residuos*, en el que se proponía como necesaria la reforma Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para hacer más real la exigencia de responsabilidad civil ambiental por contaminación derivada de la mala gestión de los residuos, creando, por primera vez, las acciones declarativas (las Administraciones Públicas demandarían al contaminador ante los tribunales contenciosos) dado que el sistema de evaluación unilateral de la responsabilidad civil *ex officio* por la Administración, con ejercicio de autotutela administrativa, resulta tan abusivo que, de hecho, no se ejercita salvo que el daño haya recaído sobre bienes o inmuebles de propiedad pública. Además esta reforma resultaría necesaria no ya porque al colocarse al juez como árbitro de una pretensión de la Administración, ésta ejercitaría de forma más responsable su pretensión de tutela de los intereses públicos ambientales sino porque la autotutela resulta absolutamente ineficaz cuando se produce el fenómeno de la necesidad de alcanzar a las sociedades matrices mediante el rompimiento del velo societario, rompimiento del velo que ya es pauta general (y no excepcional) en muchos ordenamientos jurídicos precisamente en el área ambiental. Puede verse, en general, E. ALONSO GARCÍA, *Casos y materiales de derecho ambiental para asesores jurídicos de empresa* (1995), «Unidad» 5, págs. 436-486, donde se analizan las implicaciones del caso Amoco-Cádiz y se estudia cómo, en último lugar, se produjo el

incluso meramente aplicativa, haciéndose uso de potestades jurisdiccionales que ya les otorgan las leyes procesales pero que, ante la falta de costumbre, los jueces no aplican de forma «creativa». Ni qué decir tiene que muchos mecanismos de implementación hasta la fecha incluso desconocidos como, por ejemplo, los procedimientos quasi judiciales de «monitoreo» de los regímenes ambientales internacionales (58) tienen su origen precisamente en la propia legislación sectorial.

Es más, hay derecho sectorial que no lo es técnicamente tal, como ocurre especialmente, cuando se opta por la metodología del análisis de *todo tipo* de norma jurídica que tenga un impacto incentivador de conductas ambientalmente correctas o incorrectas en determinado sector.

Igualmente, como se acaba de ver últimamente, hay normas sectoriales que no son realmente tales sino la aplicación de una multiplicidad de normas, a veces mezcla de derecho público y de derecho privado a la solución de un problema formalizado.

Finalmente, existe otro derecho sectorial cuya «construcción» sólo puede producirse a través de la utilización del método comparativo de las leyes y reglamentos sobre las decisiones judiciales y actos administrativos adoptados en determinado sector (acuerdos voluntarios, valoración socio-económica ...).

* * *

Espero que estas breves notas hayan servido a la vez para destacar la necesidad de un conocimiento del detalle de la normativa sectorial y de los usos de esa normativa de detalle en contextos jurídicos

levantamiento del velo de las filiales «Amoco» para alcanzar a las matrices Standard Oil e, indirectamente, a «Astilleros Españoles, S. A.» Puede verse, esta judicialización necesaria, igualmente, mediante el examen de cómo el propio Gobierno Vasco, que podía exigir las responsabilidades directamente en el ejercicio de autotutela, al tener constancia de que las matrices de las sociedades que gestionaron filiales que al parecer fueron en agente contaminador por lindano el suelo de Sondica, en último término optó, en principio, por la técnica de la demanda judicial dado que muy difícilmente iban a poderse ejecutar en el extranjero (lugar donde las matrices suelen tener el dinero necesario para la compensación económica o la restauración) simples actos administrativos ya que los mecanismos de cooperación internacional suelen venir exclusivamente referidos a la ejecución en el extranjero de *sentencias judiciales firmes*, como no podría ser de otra forma dado que la ejecución en territorio extranjero de una sentencia debe basarse en el principio de que el acto firme constataador de la responsabilidad y de su cuantía haya sido emitido por un órgano independiente y después de un proceso justo (contradictorio). Véase, también, acerca de este caso, E. ALONSO GARCÍA, *Casos y materiales de derecho del medio ambiente urbano* (1995), «Unidad 3», págs. 423-588.

(58) En cuanto a la noción de regímenes ambientales internacionales, véase P. HAAS, *Epistemic Communities and International Policy Coordination*, en «International Organizations», vol. 46 (1992), págs. 1-46, P. HAAS et al., *Institutions for the earth* (1993), E. ALONSO GARCÍA, *International environmental law, cases and materials* (2.^a ed., 1995), Unidad 2.

más amplios ya que su análisis y estudio autónomo e independiente, es decir, sin tener en cuenta esos contextos más amplios llamados a ser tomados en cuenta por una correcta formalización del problema ambiental, podría llevar a resultados absurdos en muchas situaciones.